

**REACTIE NAAR AANLEIDING VAN DE INTERNETCONSULTATIE
VAN HET VOORONTWERP 'MODERNISERING NV-RECHT EN
EVENWICHTIGER MAN/VROUW VERHOUDING'**

**Aan:
de Minister voor Rechtsbescherming en
de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap**

HOUTHOFF

14 mei 2020

1. Inleiding

Houthoff heeft met belangstelling kennisgenomen van het ambtelijk voorontwerp 'Wijziging van Boek 2 BW in verband met het moderniseren van het recht inzake naamloze vennootschap en het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen' ("Voorontwerp") en de daarbij behorende concept memorie van toelichting ("Concept-MvT"). Graag maken we gebruik van de mogelijkheid om hierop te reageren, waarbij we ons zullen beperken tot enkele onderwerpen.

2. Algemene opmerking: twee aparte thema's

- 2.1. Het Voorontwerp bevat twee afzonderlijke thema's en heeft twee hoofddoelstellingen: (1) het moderniseren en het aanpassen van het NV-recht aan de behoeften van gebruikers; en (2) het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de top van grote bedrijven. Wij onderschrijven van harte het belang van beide hoofddoelstellingen. Door modernisering van het NV-recht kan nog beter worden aangesloten bij de behoeften van de nationale en internationale praktijk. Evenwichtige man/vrouwverdeling past in de hedendaagse brede maatschappelijke trends en opvattingen over het streven naar meer diversiteit binnen de top van grote bedrijven. Bovendien blijkt uit verschillende studies dat het positieve bedrijfseconomische effecten heeft.¹
- 2.2. Beide onderwerpen zijn - als gezegd - belangrijk, maar onze indruk is dat de voorstellen omtrent man/vrouw verdeling meer onder "tijdsdruk" staan dan de voorstellen omtrent modernisering van het NV-recht. De streefcijferregelingen van artikelen 2:166 en 2:276 BW zijn per 1 januari 2020 vervallen. Hoewel naar onze ervaring veel 'grote vennootschappen' ('groot' in de zin van deze wetsartikelen) de 'oude regeling' vrijwillig blijven toepassen, leidt dit soms tot onduidelijkheid en vragen uit de praktijk. De wijzigingen in de jaarlijkse verplichtingen die zijn opgenomen in de nieuwe artikelen 2:166 en 2:276 BW, zullen, als deze artikelen worden aangenomen en inwerking treden, gaan gelden met ingang van het boekjaar dat aanvangt op of na de datum van inwerkingtreding. Vanwege het feit dat (nog) een "gap year" waarin geen enkele regeling geldt onwenselijk is, hopen wij dat deze wijzigingen snel worden ingevoerd.

¹ McKinsey&Company, Women MatterTime to accelerate. Ten years of insights into gender diversity (rapport) oktober 2017. We verwijzen ook graag naar de recente bundel 'Diversiteit', Uitgave vanwege het Van der Heijden-instituut, deel 161.

2.3. De reeds jaren geleden aangekondigde wijziging van het NV-recht² staat naar onze mening minder onder tijdsdruk. Wij zijn van oordeel dat er voldoende ruimte zou moeten zijn voor een brede discussie over dit onderwerp. De wijziging van het NV-recht zou naar onze mening verder mogen gaan dan de voorstellen die in het Voorontwerp zijn opgenomen. In paragraaf 5 hierna gaan wij hier verder op in en noemen wij een aantal andere, voor de praktijk belangrijke onderwerpen die ook in het voorstel meegenomen zouden kunnen worden.

3. Evenwichtige man/vrouw verdeling

3.1. Het Voorontwerp introduceert een ingroeiquotum voor beursvennootschappen als gevolg waarvan bij een two tier board-systeem een derde van de raad van commissarissen dient te bestaan uit vrouwen en een derde van de raad van commissarissen uit mannen. Voor beursvennootschappen met een one tier board-systeem geldt dit ingroeiquotum op grond van het Voorontwerp echter voor het gehele bestuur, bestaande uit de uitvoerende bestuurders en de niet-uitvoerende bestuurders. Vanuit consistentie zou het gewenst zijn om dit onderscheid gelijk te trekken zodat het ingroeiquotum ook bij een one tier board-systeem enkel op de niet-uitvoerende bestuurders van toepassing is.

4. NV-recht: consequenties van het niet opnemen van een maatschappelijk kapitaal in de statuten

4.1. Het Voorontwerp zorgt ervoor dat het niet langer wettelijk verplicht is om in NV statuten een maatschappelijk kapitaal vast te leggen. In de Concept-MvT is op p. 10 het volgende te lezen: "Door het schrappen van deze verplichting hebben vennootschappen meer ruimte om kapitaal aan te trekken, zonder dat zij daartoe eerst hun statuten moeten wijzigen". Ook op p. 23 is te lezen dat "het geplaatste kapitaal zonder statutenwijziging kan worden verhoogd". Naar onze mening is deze toelichting strijdig met artikel 3 sub c van Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht ("Verzamelrichtlijn 2017/1132/EU").

4.2. Uit artikel 3 van de Verzamelrichtlijn volgt, zoals ook in de Concept-MvT wordt opgemerkt, dat toegestaan is dat de NV geen maatschappelijk kapitaal heeft. Indien een NV geen maatschappelijk kapitaal heeft, bepaalt artikel 3 onder sub c echter dat de oprichtingsakte of de statuten het bedrag daarvan en het bedrag van het geplaatste

² Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 24, p. 12 waarin toenmalige Minister Opstelten opmerkte dat na afronding van de herziening van het bv-recht, het nv-recht zal worden opgepakt en dat daarmee meteen in 2012 wordt begonnen.

kapitaal bevatten. Dat betekent dat een vermeerdering of vermindering van het geplaatst kapitaal altijd in de statuten dient te worden vermeld als een NV geen maatschappelijk kapitaal heeft.³

- 4.3. Hoewel het niet hoeven opnemen van het maatschappelijk kapitaal in de statuten in sommige gevallen een versoepeling kan zijn (er geldt dan immers geen maximum voor het uit te geven aandelenkapitaal), dient naar onze mening in de toelichting op het uiteindelijke wetsvoorstel duidelijk gemaakt te worden dat steeds een statutenwijziging nodig is zodat door betrokkenen een juiste afweging gemaakt kan worden. In sommige gevallen betekent het schrappen van het maatschappelijk kapitaal voor de NV immers juist geen versoepeling omdat medewerking van de algemene vergadering nodig is voor een statutenwijziging. Als bijvoorbeeld het bestuur gemachtigd is om aandelen uit te geven, is geen statutenwijziging en dus geen medewerking van de algemene vergadering nodig als de uitgifte binnen het maatschappelijk kapitaal blijft.
- 4.4. In de literatuur wordt overigens wel opgemerkt dat indien de consequentie van een verplichte statutenwijziging bij elke kapitaalverhoging wordt aanvaard, het verplichte maatschappelijk kapitaal uit de wet geschrapt zou kunnen worden en dat de algemene vergadering in het delegatiebesluit het bestuur (of een of meerdere bestuurders) kan machtigen tot aanpassing van het bedrag van het geplaatste kapitaal in de statuten na een door het bestuur doorgevoerde emissie.⁴ Als het verplichte maatschappelijk kapitaal in het uiteindelijke wetsvoorstel wordt geschrapt zou in de toelichting deze mogelijkheid als een handreiking naar de praktijk kunnen worden genoemd.

5. Niet in het voorstel opgenomen onderwerpen; "wensenlijst"

- 5.1. Bij de hiervoor genoemde keuzes voor versoepeling van het NV-recht valt op dat sommige onderwerpen wel zijn meegenomen in het Voorontwerp en andere onderwerpen, die voor de praktijk ook een versoepeling of verduidelijking kunnen betekenen, niet. In sommige gevallen leidt het niet regelen van bepaalde onderwerpen tot vragen: is deze keuze bewust door de wetgever gemaakt of is dit onderwerp simpelweg uitgesteld tot een later moment?

³ Zo interpreteren wij althans de tekst van artikel 3 van de Verzamelrichtlijn. Zie in gelijke zin H.E. Boschma, M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, 'Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht?', *Ondernemingsrecht* 2014/14, en B.J. de Jong, 'Lessen uit het vernieuwde Britse vennootschapsrecht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2014/13.

⁴ Aldus Boschma, Lennarts & Schutte-Veenstra (t.a.p.) die opmerken dat deze aanpassing kan worden gezien als een zuiver administratieve of technische wijziging van de statuten, waardoor niets aan een dergelijke delegatie in de weg lijkt te staan.

- 5.2. Goedkeuringsbevoegdheid bestuur bij uitkering: Bij de flexibilisering van het BV-recht is overtuigend aangetoond dat een balanstest beperkte bescherming biedt. Desalniettemin is voor de NV het kapitaalbeschermingsrecht een verplicht keurslijf. In aanvulling op de kapitaalbeschermingsregels, lijkt het ons invoering van de regels van art. 2:216 leden 2 tot en met 4 BW gewenst.
- 5.3. Instructiebevoegdheid (art 2:129 lid 4 BW): In de literatuur is opgemerkt dat ook bij de (niet-beurs) NV concrete instructies binnen groepsverhoudingen mogelijk zouden moeten zijn. Er bestaat discussie of en in hoeverre het andersluidende art. 2:239 lid 4 BW reflexwerking heeft. Betekent het feit dat dit onderwerp niet in het voorstel wordt meegenomen dat de wetgever analoge toepassing niet geboden acht?
- 5.4. Stemrechtloze, winstrechtloze aandelen en versoepeling van de regels omtrent stemrecht: Het Voorontwerp introduceert niet de mogelijkheid dat een NV stemrechtloze aandelen heeft. Evenmin is een regeling voor aandelen met meervoudig stemrecht en (beperkt) winstrechtloze aandelen opgenomen. Uit de brief inzake Voortgang modernisering ondernemingsrecht van 9 december 2016⁵ volgde dat de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie wilde nagaan of en in hoeverre behoefte bestaat aan de invoering van stemrechtloze aandelen in het NV-recht. Blijkt uit nieuw onderzoek dat die behoefte anders is en/of zal dit onderwerp op een later moment ter hand genomen worden? Wij zouden menen dat er in de praktijk behoefte is aan winstrechtloze aandelen, stemrechtloze aandelen en flexibeler stemrecht.
- 5.5. Eigen bestuurder of commissaris: Het Voorontwerp regelt dat houders van aandelen van een bepaalde aanduiding een orgaan van de vennootschap zijn zonder dat er een nieuwe soort aandelen wordt gecreëerd. Voor de praktijk zou het van toegevoegde waarde zijn als, net als bij de BV, bij de NV de mogelijkheid wordt geboden om statutair te bepalen dat bestuurders en/of commissarissen kunnen worden benoemd, geschorst en ontslagen door de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.
- 5.6. Certificaathouders met en zonder vergaderrecht: In de toelichting bij het Voorontwerp wordt wat betreft de modernisering van het NV-recht de nadruk gelegd op behoeften van gebruikers. Wij merken op dat het voor de praktijk bijzonder nuttig zou zijn als de statuten van een NV duidelijk kunnen maken of aan certificaten vergaderrecht is verbonden. Daarmee wordt de positie van certificaathouders in het BV-recht en het NV-recht geüniformeerd in de zin dat ook bij een NV het bepalende onderscheid wordt of de certificaathouders al dan niet vergaderrecht hebben. Dit draagt bij aan de consistentie binnen Boek 2 BW en vergemakkelijkt bijvoorbeeld een omzetting van een BV met certificaten in een NV en vice versa.

⁵ *Kamerstukken II, 2016-2017, 29 752, nr. 9.*

- 5.7. Geschillenregeling: Op dit moment is de geschillenregeling van toepassing op elke BV, waaronder ook BV's die geen blokkeringsregeling hebben, en slechts op "besloten" NV's. Wij adviseren een aanpassing van art. 2:335 BW in die zin dat de geschillenregeling van toepassing zal zijn op elke naamloze vennootschap en besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, met uitzondering van vennootschappen met een notering op een aandelenbeurs binnen of buiten de Europese Unie.

CONTACTGEGEVENS

Kyoko Tollenaar

T 020 605 69 55

E k.tollenaar@houthoff.com

Marleen van Uchelen-Schipper

T 020 605 64 30

E m.van.uchelen@houthoff.com

Paul de Vries

T 020 605 61 87

E p.de.vries@houthoff.com